薛允升法律思想管窥

华 友 根

薛允升（1820—1901年），字云阶，陕西长安人，清代著名法律家。他从咸丰六年（1856年）中进士，始入仕途，至光绪二十七年（1901年）死去，前后四十五年，大部分时间在刑部供职。在长期的司法实践中，深感"刑名民命攸关"，故治狱用法务求恰当，同时又精研律例，勤于著述，辑有《汉律辑存》六卷、《汉律决事比》四卷，著《服制备考》四卷，以及《唐明律合编》三十卷。因此，对薛允升的法律思想，很值得探讨。

（一）

薛允升认为，在治国理民当中，应该首先重视礼教，不能一味强调刑罚，二为"礼教行则异姓也同骨肉，风俗薄虽同胞也如陌路，多设科条无谓也"。①所以对明代设"申明亭"以广教化，很是推崇。明洪武十五年八月定，凡十恶、奸盗、诈伪、干名犯义，有伤风俗和犯赃及徒者，书其名于"申明亭"，以示惩戒。他认为，"申明亭"的设置，"犹得先教化而后刑法之意"。

在薛允升看来，某种刑法的实行和废除也与教化的开展有着密不可分的联系。《周礼》对于罪轻而未入五刑的人实行"圜土"之法，令其坐于嘉石而迫使服役，同时又进行教育，使其改恶从善，收到了良好的效果，所谓"人知自爱而重犯法"。废除某一重刑，如不从教化着手，也是徒劳的。就废除肉刑而言，教化盛行，人自然不去犯法，不但肉刑，其他重刑也可不用，如果不讲教化而仅废肉刑，不过是"徒博宽厚之名而已，何益之有"。

教化的重要，特别表现在治理盗贼方面。他说，对于此辈专用刑法，只能是本末倒置，"盗风之炽，必有所由，徒事刑法，窃恐未能止息。……言事者但知非严刑峻法，不足以遏止盗风，而于教化吏治置之不论，舍本而言末"？②并进一步认为，人没有生出来就做盗贼的，都是由于穷苦无度"教养不先"，迫不得已，所以刑条是解决不了问题的。

薛允升不仅重视礼教，也非常重视讲究尊卑上下贵贱亲疏的服制和名分。

他认为，罪罚应根据服制而定，服制有亲疏，罪名也应"因之以分轻重"。亲属相盗、杀伤等案，当"分别服制凡人科断"；尊卑相犯，当然，也应以服制的亲疏科罪，"有服亲属干犯杀伤，总以服制之亲疏，为罪名之轻重，自古迄今莫之或易"③。对于家长与奴婢、部曲、雇工等的主仆名分，薛允升说："古时主仆名分最重，即良贱之分也最严。故杀伤部曲、奴婢，不特主及亲属拟罪从轻，即他人亦多不实抵。"④所以，如有奴仆雇工杀死家长，其罪应当重于杀一家二命之罪。不要说奴婢杀伤主人，就是奴婢告主属实，也当治罪。若背主行事，更要严办，故对例有凡奴婢背主投营、挟制家主勒索原契及妻子财物者，"不分首从，得财与未得财斩立决"，极表赞同。

薛允升所以如此重视礼教，强调服制名分，照他自己讲，"古律之为书，原根据于君臣父子夫妇之经，而使事事物物之各得其宜也"。⑤也就是说，法律来源于礼教。

（二）

薛允升不仅重视礼教，也相当注意法制，"礼与刑相辅而行，出乎礼则入乎刑"。故对

律也很强调，讲究律与例的区别，所谓“律者万世之法也，例者一时之事也”。律为万世之法，故不可任意改动。制度的变更、风气的不同，固难历久而不易，但大经大法，民命所关，可以行之久远而无弊，“纷纷议改，何为是哉”。例为“一时之事”，虽可修改，但也当慎重。“凡例文之不尽允协及轻重不得其平者，虽系奉旨纂定，亦准奏明修改，非谓一成而不可变易也，然必司其事者详慎周密，不存偏倚之见，不至顾此失彼，庶可行之永久”。⑥

注重法制，即应提倡律令的宣传讲谈，并把是否熟悉通晓，作为奖惩根据。他说，律令专为断狱而设，重律令所以重刑狱，为此，不晓律意的官吏，应拟罚俸笞责，熟读通晓者，无论何人，准其免罪一次。

薛允升坚决主张法律的划一、持平、详慎。

法律的划一很有必要。如惩治匪徒，各省都有专条，不划一，而通例又有棍徒扰害拟军之例，似应修改一律，不能各省各立条例参差不齐。凶恶棍徒一条，原为八旗而设，后改为通例，各省凶徒有犯，均可援照定拟，“一省一例似可不必”。要整齐划一，法律就必须从简，不可繁碎。因为“世情变幻百出不穷，例文万难赅括，若一事即立一例，未免烦杂，且有轻重失当之处，故不如少立条例之为愈也”。⑦同时指出，讼狱虽极纷烦，但立法总期简易，因为法令一烦，“治狱安得不多耶”。

“法贵惩恶，尤贵持平”。如甲乙二人，都犯杖罪八十。甲因自己拒捕伤人，罪加二等，不过满杖。而乙因亲属或友好代为打夺，即应拟流罪，一到伤愈，即坐绞罪，满十人的话，且坐斩罪。这是轻重悬殊，极为不平。为了立法持平，民旗、贫富应当一律。关于民旗一律，他说：“殴故杀奴婢雇工人律有治罪明文，民人既可照律办理，旗人亦可按律科罪。再行分别折枷，似不应另立旗人治罪专条”。⑧关于贫富一律，他说，富民贫民同是人，同是“齐民”，当富者买贫者为奴婢，而贫者被卖以后，即“一切均不得等于良人，”这是贫富不一，所谓“不平孰甚焉”。当然，法随着时间的推移应有所变化，但应宽严适中，立法不宜太重，因为立法是为了实行，如太重不仅难以实行，而且执法的人“多方为之掩饰”。象凌迟、枭首等刑太严酷，还是用肉刑好，这可避免死刑过严而生刑过宽。因而，极为赞赏班固、朱熹行肉刑以代死刑的主张。

法当详慎。薛允升提出，杀人罪应分六类，必须根据具体情况分别对待。“六杀惟谋为最重，故杀次之，斗杀又次之，误杀则出于意外，戏杀、过失均无害心，故俱不以抵。谋故重则戏误不能不从轻，其理然也”。⑨

（三）

薛允升不但注意立法，也相当重视执法。他认为，“法令为民命攸关”，一有偏倚，即大有出入，甚至有“生死互易”的。故应象古人陶公执法那样，既平恕又公允，而“恒得法外之意”。作为执法者，应该排除私心杂念。“杂以私心，终不能尽归于一致”，必然造成于不应宽者故意从宽，而于不应严者，则任意从严。执法务必根据法律定罪，要依法治罪，必须轻重持平，主从分明，愿胁有别，情法两尽。

为了依法办事，持平公允，帝王人君不能亲自执法。薛允升盛称明朝正统年间侍讲刘球疏言，所谓“古人君不亲刑狱，必有理官，盖恐任喜怒而轻失平也。”至于官吏，尤其是监察御史、按察司等，“皆有辨明冤枉之责”。如果此辈知法犯法，治罪应当从严。因为，设

官置吏，本是为了替民决疑雪恨，若不为民伸冤理屈反而颠倒是非，则要这些官吏何用？对于书吏差役的舞文作弊，贪赃受贿，应加等治罪，计赃重论。他说："此等坏法殃民之辈，漏网既多，即今破案，而所犯罪名又皆情浮于法，虽稍从重典，亦不为苛"。⑩

薛允升将上述思想切实地贯彻到自己的办案之中。他依法惩处太监李苌材等杀伤人员一案，便是一个明显例子。光绪二十二年，太监李苌材、张受山犯法当逮，而李等使人击杀捕役。对此，光绪帝下旨"付部议"。当时为刑部尚书的薛允升认为，李等应"拟光棍例治之"，但总管太监李莲英为之"乞恩"，慈禧太后也以例有伤人致死按律问拟语，故"敕再议"。薛允升即上疏言："李苌材等一案，既非谋故斗杀，不得援此语为附合。且我朝家法严宦寺倍治罪，此次从严惩治，不能仰体哀矜之意，已愧于心，倘复迁就定谳，并置初奉谕旨不顾，则负疚益深。夫立法本以惩恶，而法外亦可施仁。皇上果欲肃清辇毂裁抑奄臣，则仍依原奏办理"。⑪光绪帝恩疏之后，仍下诏"敕部议罪"。当时，李莲英遍嘱要人力求免减，薛允升却"不为动"，坚持原奏，请斩立决张受山；李苌材因伤人未死，减为斩候，而光绪帝也终于批准照办。

（四）

对旧律的评价，也是薛允升法律思想的重要方面。薛允升对《唐律》最为称颂，他说，《唐律》集众律之大成，又经诸名流斟酌损益，审慎周详，故"绝无偏倚踳驳之弊"。⑫《唐律》之所以为最善，因其"严而得中"，"简而适当"。他举例说，窃盗和发塚的目的一样，都是为了得财。窃赃计数虽多，《唐律》并无死罪，而发塚一经见尸，即以拟绞。图财而祸及死尸，所以不计得赃与否，而与斗殴杀人同科。这是"严而得中"。《唐律》徒囚，均可服役，而且，就在本处应役，故逃亡的很少。若流犯发配者，应役一年后，即于配所从户口例，入籍为民，妻妾也同赴配所，并给予口分田亩，征收课役。这样，日久即可相安，也无逃亡的事。这是"简而适当"。

对于《明律》有褒有贬。以褒而言，除了前面已经提到的"申明亭律"之外，官吏贪赃枉法治罪，也"颇得《唐律》之意"。又"凌虐罪囚"和"功臣应禁亲人入视"两律，也比较完美。薛允升说，《唐律》对罪囚虽不准减食，但无凌虐的规定，而"《明律》添入，自属美善"。至于《明律》规定，凡功臣及五品以上官犯罪应监禁者，准许亲人入视，违者杖六十。他对此也大为赞誉，所谓"愚按此条《唐律》无文，亦《明律》之最善者"。⑬以贬而言，如明代恢复凌迟、枭首等酷刑，虽是为了惩恶，但太残忍。又用一百二十斤枷枷人，"其与肉刑相去能有几何耶"。行诬告罪，也极为不平。薛允升认为，诬告反坐是古法，也最为平允。但《明律》诬告笞罪加二等，杖徒以上加三等，而罪名较重者反无可加。又立有诬告迁徙法，更觉离奇可怪。因此，"刑之不中，莫甚于此"。而《明律》最苛刻者，据薛允升统计有38条之多。

《明律》与《唐律》相比，又有该宽不宽，该严不严的地方。薛允升指出，人们只见《唐律》应拟徒罪以上者，《明律》大半改为笞杖，就说《唐律》过严，不如《明律》宽恕，这是"不知宽而有制，斯为得中，一味从宽，则苟且因循之弊，从此起矣"。⑭

《清律》基本上沿用《明律》，略有增减，故薛允升对《明律》的看法，实际上也是对《清律》的看法。除了上述之外，《清律》尚有下列各点严重缺陷：

一、条例混乱。他说，古人制律减死一等即为满流，前明以流罪为轻，而加以充军，清朝

于充军之外，又加拟为奴，及至为奴法无法实行，仍改充军。但所谓充军，实与流犯没有什么不同。故认为，“何必多立此项名目”。

二、轻重不伦。他说，近百十年以来，斗殴案内，情节稍有可原者，秋审俱入于“缓决”，是从前应以故杀论的，今俱不“实抵”。每年此等案件入于“情实”的，不过十之一、二。而非亲手杀人，死由自尽，却拟死罪，且有拟入“情实”的。这都是轻重不伦，“不如全行删去之为愈”。

三、主从不分。他以共谋为盗为例指出，今强盗律注有虽不分赃亦坐罪的规定，而分赃不行并未注明。此条定例的意思，因当时情有可原的盗犯尚可免死减等，故不行的盗犯亦得再减一等。这“可见强盗不分首从皆斩之律，为未尽妥善也”。⑮

四、不适应时势。如对外贸易有关律例规定，只准输入不准输出，即中国货物不准出洋，而外国货物俱许进口，这在清初是为了防夷起见，但日久情况变化，已不适用，“天下岂可一概而论”。又关于驿站各条的规定，也过于苛严。驿丞少缺，裁去者十居八九，已与从前情形不同，尤其是近数十年来，铁路轮船电信到处皆是，数千里外，顷刻即至，故私借驿马治罪等条，已与时势不合。

所以，对于《大清律例》必须进行修订厘正。他提出“其应删除者，即行删除；应增入者，即行增入；应更正者，即行改正；应仍照旧例行者，亦即酌复旧章。……使宏纲细目大小咸该，仁育义正，折衷尽善。”⑯

（五）

综上所述，薛允升的法律思想全面而深刻，既重视礼教，又注意立法、执法，评价旧法和修改旧法。

薛允升重视礼教，认为盗贼之所以多，由于“教养不先”，故“非尽小民之罪”，未可“尽法相绳”，应“网开一面”，是对贫民无以为生的同情以及对统治阶级残酷压迫人民的批评，而其特别强调服制名分，并藉以定案论罪，则是用法来维护尊卑贵贱的封建等级体系和伦理道德，是法律面前不平等的反映。

他的律是“万世之法”故不可任意改动，例为“一时之事”，虽可修改，也要慎重，不可“存偏倚之见”的思想，是对历史上专凭帝王意旨任意制定和更改法律现象的有力的批判。其主张在法律面前民旗、贫富应当一律，不能不是一种进步的思想，也有利于法制的统一和贯彻。至于反对凌迟、枭首等重法，则体现了轻刑省法的思想，但主张复肉刑和反对赦法，却有片面和不够慎重的表现。

他强调“法令为民命攸关”，故极为重视执法，要求生罪死罪分明，使用律例也要合情合理，要根据法律办事。为此，必须对具体案件作具体分析。这既避免了脱离法律的任意比附，也有助于对案件作出恰如其分的处理，并认为，法不仅是惩戒人民的，也是约束帝王官吏的，体现了人人必须守法。对太监李莲材等一案的严肃处理，不为慈禧太后等人的权势所屈服，显示了不畏权贵、公正不阿。

在关于旧律的看法上，他对《唐律》最为推崇，这既反映了薛允升善于总结《唐律》的长处、继承中国法学的优秀遗产，但也是维护旧律思想的表现。他对于《明律》、《清律》褒贬，特别是对《清律》提出的删、增、改等修律主张，对于清季大清律的修改起了重要作用。所著《读例存疑》一书，是其多年来对《大清律例》不同看法的分条记 （下转58页）

害。在熊廷弼和王化贞于辽西防守的策略上，为显现其分歧，一说是“三方布置”（策）这是老提法，另一是“一举荡平”（论），这就是作者的功夫了。

当然，作为一部刚刚问世的新著，《评传》也有一些地方值得改进和商榷。作者显然想把努尔哈赤的活动舞台给人以深刻印象，所以下了很大力气对涉及的古地名注明现在何处，可惜这些注释当中出现了几处失误。在叙述和评论努尔哈赤及与之相联系的人和事件时，个别提法也不尽恰当。相信，所有这些地方，将来有机会一定能得到改正，也不难改正。

这里特别值得一提的是，辽宁人民出版社以地处满族的故乡，清朝的发详地，为发挥其地方优势和特点，除出版了《努尔哈赤评传》之外，以前还出版了《清朝开国史研究》、《清史简编》（上编）、《清代留学运动史》、《满族社会历史调查》等一系列著作。据悉，还有一批关于清史和清前史的论著即将出版。他们要在出版清史方面配套成龙，形成地方特色，不仅反映了他们对推动清史研究的发展有着令人钦佩的气魄，而且做了认真的实施规划。我们衷心祝愿他们的事业成功。

（上接33页） 录。光绪二十九年，刑部将《读例存疑》进呈御览，“请旨敕交律例馆以备采择，庶编纂新例得所依据”。得到清帝的批准。其后，由沈家本主持、董康等人参加修订，作为新旧过渡之用的《现行刑律》，“大致采长安薛允升《读例存疑》之说，”⑰而清末修律中，关于废除凌迟、枭首等酷刑，也是薛允升最早提出的。

薛允升主张法宜平允，应改严从宽，尤须顺应时势的发展而作合理的修正。他是清末提出修改法律的第一人。在旧法向新法过渡中起了承前启后的作用，在中国法律史上和近代法制建设上，具有重要地位。

①④⑤⑫⑬⑭《唐明律合编》，卷22、22、〈后序〉、〈例言〉、29、〈后序〉。

②③⑥⑦⑧⑨⑩⑮⑯《读例存疑》卷26、37、〈总论〉、32、36、34、41、31、〈总论〉。

⑪《清史稿》《薛允升传》

⑰董康《日本讲演录.中国修订法律之经过》

征订启事

《清史研究通讯》是专门研究清史（满族兴起至辛亥革命）的学术性、资料性和沟通信息的刊物。它主要刊载清史理论、清代政治、经济、军事、民族、宗教、外交、人物等方面的学术论文、读史札记、文献调查、清史评介、史籍考订等，并报导国内外清史研究的动态。

1987年，本刊刊期不变，每年仍为四期，欢迎订阅。每册定价0.65元，全年2.60元。

国内发行：北京1122信箱发行科。（汇款银行，北京中国工商银行北新桥分理处，帐号8901977。从邮局汇款，请寄北京1122信箱发行科）

国外发行：中国国际图书贸易总公司（北京2820信箱）